AMARO BARRETO

Juiz do Tribunal do Trabalho da 1ª Região
Ex-Presidente do Tribunal do Trabalho da 1ª Região
Ex-Presidente de Junta de Conciliação e Julgamento

TUTELA GERAL DO TRABALHO

1º VOLUME

953

EDIÇÕES TRABALHISTAS

EDIÇÕES TRABALHISTAS S/A.
TUTELA GERAL DO TRABALHO
1ª EDIÇÃO
1964
GUANABARA

Todos os exemplares são numerados e rubricados pelo autor.

N.º 953/82

CAPÍTULO I

EMPREGADO E EMPREGADOR

1 — A medula do direito do trabalho é o *trabalho subordinado*. Os polos subjetivos dêsse trabalho são o *empregado* e o *empregador*. Cumpre, pois, antes que tudo, definí-los.

Empregado é quem presta serviços não eventuais a outrem, com subordinação e salário. Aquêle a quem tais serviços são prestados, assim subordinada e remuneradamente, é *empregador*.

Prestação de trabalho, subordinação jurídica e *salário* constituem o tríptico que forma o *contrato de trabalho*, cuja concretização é a *relação de emprêgo*, tendo como partes o *empregado*, prestando o trabalho, e o *empregador*, contraprestando o salário.

2 — Para que haja, de um lado, *empregado* e, de outro, *empregador*, mister se faz que o trabalho prestado seja permanente, continuado, não eventual, no sentido de pouca duração, ou intermitência.

A *eventualidade*, ocorrente no serviço, desfigura o contrato de trabalho, por se verificar simplesmente o que se denomina *biscate*, que é trabalho fora da ocupação habitual, que rende pequenas quantias, sem feição de salário.

O critério de aferição da permanência, ou eventualidade, reside, em cada caso, nas circunstâncias que o cercam, levando o juiz à convicção de ser, ou não, o trabalho esporádico ou aleatório. Se o serviço é de natureza duradoura, sem têrmo predeterminado, gerando seu desempenho ocupação habitual, tem-se o trabalho *permanente*; considera-se *eventual*, se a sua execução é a tempo curto, com duração pequena, ou descontínua.

Cada caso ditará a configuração: o conceito está *in re*.

3 — A *subordinação jurídica* é o traço específico que sublinha a relação de emprêgo, enquanto que a autonomia

no trabalho é que frisa a relação de locação de serviço, destacando-a da de emprêgo.

Subordinação jurídica é o *direito* de quem dá o serviço a determinar *como*, *quando* e *onde* deve ser prestado e o dever correlato de quem o executa a fazê-lo como determinado. Um a dar ordens; o outro a obedecê-las, eis a síntese da subordinação jurídica.

E é só ela que caracteriza o contrato de trabalho, como causa, e a relação de emprêgo, como efeito.

Não o é a subordinação *hierárquica*, que esta pode deixar de existir, existindo, todavia, o contrato de trabalho, como no caso do trabalho a domicílio.

Não o é, também, a subordinação *técnica*, porque esta, não ocorrendo, não veda se prefigure o contrato de trabalho, qual nos casos de relação de emprêgo dos profissionais liberais, como advogados, médicos, engenheiros, dentistas, etc.

Não o é, muito menos, a *dependência econômica*, eis que, bastas vêzes, o servidor pode ser independente, financeira e econômicamente, à face do empregador, podendo até ser tão ou mais auto-suficiente que êste.

4 — *Salário* é a terceira característica do contrato de trabalho.

Sua forma, de fixar-se, ou pagar-se, não importa. Basta que seja remuneração do trabalho não eventual prestado *sub ordine*.

Tanto pode ser por unidade de tempo, — *mês*, *dia* ou *hora*, — como por unidade de produção, — *tarefa*. Por unidade de tempo remunerado, o empregado é *mensalista*, *diarista*, ou *horista*; por unidade de produção, é *tarefeiro*.

5 — Para que se configure o contrato de trabalho, para que dêle resulte a relação de emprêgo, para que se qualifiquem o *empregado* e o *empregador*, não importam a natureza do trabalho, se intelectual, se técnico, se manual, nem a espécie do emprêgo, se de braço, se de intelecto.

"Não se admitirá distinção entre o trabalho manual ou técnico e o trabalho intelectual, nem entre os profissionais respectivos, no que concerne a direitos, garantias, e benefícios" (*Constituição, art.* 157, § *único*).

"Não haverá distinções relativas à espécie de emprêgo e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual" (C.L.T., *art.* 3.º, § *único*).

É a igualdade de todos perante as leis do trabalho, sendo empregado quem trabalha permanente, subordinada e

remuneradamente, e sendo empregador quem dá, realiza e remunera êsse trabalho, qualquer que seja êle e como quer que seja realizado.

6 — O lugar onde o serviço é prestado não influi na configuração da relação de emprêgo e na conceituação do empregado.

Quer se preste no estabelecimento do empregador, quer se preste em outro lugar por êste designado, quer se preste no domicílio do empregado, tudo é trabalho subordinado e pago, tudo é contrato de trabalho, tudo é relação de emprêgo.

Não se diga que, trabalhando em seu domicílio, os trabalhadores, longe das vistas dos dadores de trabalho, não sofrem o seu contrôle e a sua fiscalização, não podendo ser subordinados.

Sofrem-nos sim, através da entrega das tarefas executadas de maneira e em tempo ditados pelos dirigentes da emprêsa.

A subordinação reside, então, no direito do empregador instruir de que modo e em que tempo o trabalho deve ser executado e no dever do empregado a domicílio a prestá-lo segundo as instruções.

A fiscalização e o contrôle se exercem indiretamente, através da obra executada, no seu teor e no seu prazo.

Por isso, estão em pé de igualdade, sob a tutela geral do trabalho, assim os que o executam na emprêsa, como os que o exercitam em seu domicílio. (*C.L.T.*, *art.* 6.º).

7 — Nem todo empregado, porém, se tutela pelas leis do trabalho consolidadas.

Não tutelados são os *domésticos*, assim considerados os que prestam serviços de natureza não econômica a pessoa, ou à família, no âmbito residencial desta (*art.* 7.º, *letra a*, *da C.L.T.*). Arrolam-se como tais o cozinheiro, o copeiro, o jardineiro, o chofer da família, etc., por servirem, no âmbito residencial, a quem não exerce atividade econômica, sob a forma de emprêsa, não podendo ser empregador (*art.* 2.º *da C.L.T.*).

Não amparados, igualmente, mas só em relação a certos direitos, como indenização e estabilidade, são os trabalhadores *rurais*. Êstes são os que exercem funções diretamente ligadas à agricultura e à pecuária, desde que não sejam empregados em atividades que, pelos métodos de execução dos respectivos trabalhos, ou pelas finalidades de suas operações, se classifiquem como industriais ou comerciais (*art.* 7.º, *letra b*, *da C. L. T.*). Assim, não são *rurais* os trabalhadores das emprêsas que industrializem, ou comercializem, os produtos agrícolas; não o são, outrossim, os empregados em serviços

acessórios de emprêsas predominantemente industriais, ou comerciais; êstes têm todos os direitos assegurados em lei, por assimilados aos industriários, ou aos comerciários. Os outros os puramente *rurais*, êstes só têm certos direitos, como o aviso prévio, as férias, o salário-repouso, o salário mínimo, a jornada de oito horas (*art.* 157, *n.º V, da Constituição, arts.* 565, 76, 129 § *único, da C.L.T.; art* 2.º *da Lei* 605, *de* 5-1-1949).

Os *funcionários públicos* da União, dos Estados e dos Municípios não têm a tutela das leis de proteção ao trabalho, porque suas relações são estatutárias, regidas por direito administrativo. Seus direitos são assegurados pelos estatutos dos funcionários, federais, estaduais, ou municipais (*art.* 7.º, *letra C, da C.L.T.*).

Na mesma situação estão os extranumerários, cujas relações são regidas por leis especiais de ordem administrativa, a qual regula os direitos e obrigações recíprocos entre servidores e entidade públicas (*art.* 7.º, *letra C, da C.L.T.*).

Sem tutela das normas de proteção ao trabalho estão, a igual, os *servidores de autarquias*, federais, estaduais, ou municipais, desde que sujeitos a regime próprio de proteção ao trabalho, que lhes assegure situação análoga à dos funcionários públicos (*art.* 7.º, *letra D, da C.L.T.*). Se não tiverem essa proteção análoga à dos funcionários públicos, os autárquicos gozarão da proteção das normas consolidadas, porque no regime jurídico vigente, ou os trabalhadores ficam à sombra do direito administrativo, ou ficam sob o pálio do direito do trabalho. Não basta, porém, que os autárquicos tenham alguns dos direitos dos funcionários públicos para saírem da esfera do direito do trabalho; cumpre seja *análoga*, ou próxima de idêntica, à proteção dos funcionários a que lhes atribuam as leis da autarquia em tela.

Os trabalhadores das emprêsas industriais ou comerciais da União, dos Estados, ou dos Municípios, que não sejam extranumerários legítimos, se incluem no âmbito protecionista da legislação do trabalho (*art.* 7.º *do D.L. n.º* 8.079, *de* 11-10-45; *D.L. n.º* 8 249, *de* 29-11-1945; *Lei n.º* 1890, de 13-6-1953). Apenas, em relação a êsses empregados de organizações econômicas, em forma de emprêsa, federais, estaduais, ou municipais, se fez modificação da jurisdição, passando-se a competência para a justiça comum, perante o juízo de direito do lugar ou da comarca do estabelecimento (*art.* 2.º *da Lei n.º* 1890, *de* 13-6-53). E o recurso é para o Tribunal Federal de Recursos, eis que o art. 14 dessa lei manda que êle se julgue com "preferência sôbre os de natureza civil", o que, à evidência, não pode ocorrer dentro dos Tribunais Regionais do Trabalho. Por mais que o Supremo Tribunal diga que a Lei n.º 1890, no seu art. 2.º, não é in-

constitucional, disso não nos é dado convencer, ante o disposto, de clareza solar, no art 123 da Constituição federal. Para nós, os empregados das emprêsas da União, dos Estados e dos Municípios têm tôda a proteção da legislação do trabalho, já a de fundo, criando direitos, já a de forma, regendo competência e processo.

8 — *Empregador* é quem, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços (*art.* 2.º *da C.L.T.*).

Como realiza um empreendimento e concretiza uma organização econômica, do comércio, da indústria, ou da agricultura, o empregador é o titular de uma *emprêsa*.

Com o vêzo de institucionalizar tudo, inclusive o *empregador*, a lei o confunde com a *emprêsa* (*art.* 2.º *da C.L.T.*) e, com ela, alguns doutrinadores.

Isso, porém, não é de bom direito, porque o *empregador* é titular de direitos e êste só pode ser *pessoa*, natural, ou jurídica, e não coisas, empreendimentos, ou organizações.

Por isso, empregador é o titular, o dono, o possuidor da *emprêsa*, e não esta mesma.

Êsse titular pode ser uma *pessoa física*, se a emprêsa é individual ou de singularidade de donos, ou uma *pessoa jurídica*, se a emprêsa é coletiva ou de pluralidade de donos.

9 — Para que haja *empregador*, é de mistér que a atividade exercida seja *econômica*.

Esta tanto pode consistir na produção de *bens*, como na realização de *serviços*, desde que aquêles e êstes sejam de interêsse de uma coletividade.

Por isso, podem ser empregadores assim uma emprêsa que industrialize matérias primas, como uma outra que comercie os produtos da indústria ou da agricultura, como, ainda, uma instituição de beneficência ou de recreação, ou de outro fim, realizando estas serviços de utilidade social, a benefício de coletividade definida (*art.* 2.º, 1.º, *da C.L.T.*).

Se não houver um empreendimento econômico, se não houver uma organização com fins de lucro, ou de utilidade social, não haverá emprêsa, não haverá *instituição*, não haverá *empregador*.

Assim, o dono de um prédio residencial, em construção, ou reforma, não empreendendo e organizando econômicamente, com escopo lucrativo, não é empregador daquêles que no mesmo trabalhem como pedreiros, carpinteiros, serventes, pintores etc.

Se essas pessoas trabalharem subordinadamente a empreiteiros de obras em prédios residenciais, tais empreiteiros

é que são os empregadores, porque êles exercem atividade, econômica e lucrativamente.

Do mesmo passo, não são empregadores os donos de sítios, ou de casas de veraneio, destinados a recreios ou descanso de pessoas ou famílias, porque as pessoas aí empregadas ou são domésticas, ou não são servidoras de atividade econômica.

10 — O empregador assume sempre, insuladamente, os *riscos* da atividade econômica, porque só seus são, em contrapartida, os lucros da mesma.

Riscos são as probabilidades de perigo, de eventos prejudiciais, de dificuldades, ou insucessos, no empreendimento econômico.

Riscos são a desapropriação, o incêndio, a destruição por enchente, ou raio, as dificuldades econômicas, etc.

Como os riscos correm à conta exclusiva do empregador, sem que dêles participem os empregados, responde aquêle por todos os direitos trabalhistas em casos de incêndio ou destruição por outro acontecimento, desde que haja seguro e indenização, cobrindo os prejuízos previstos e segurados; de desapropriação indenizada pelo poder desapropriante; de dificuldades econômicas, de concordata, ou de falência (*art. 449 da C.L.T.*).

11 — O empregador *admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços*.

É quem contrata o trabalho, engajando o servidor na emprêsa.

É quem contrapresta o salário, remunerando o trabalho prestado, ou sob a consideração do tempo de utilização da energia — *mês, dia*, ou *hora*, — ou em atenção à unidade de produção realizada, — *tarefa*.

É quem dirige a prestação do serviço, vale dizer é quem governa a emprêsa e comanda a *univesitas juris et rerum*.

Por isso, o empregado não pode interferir em assuntos pertinentes à organização ou funcionamento da atividade ou negócio, só de alçada do empregador, porque só de risco do mesmo.

Apenas em hipóteses de abusos dêsse poder de comando da emprêsa por parte do empregador, poderá o empregado fazer a justiça intervir, para restaurar, ou compensar, ou ressarcir os direitos porventura lesados.

Exemplo frisante dêsse abuso do direito de comando é o do distorsivo exercício do *jus variandi*, com transferência funcional do empregado para baixo, ou para o lado, com prejuízo seu, direto ou indireto, imediato ou mediato.

Outros exemplos existem em alterações ilícitas de condições essenciais do contrato de trabalho, cuja sanção legal é a nulidade *pleno jure* (*art. 468 da C.L.T.*).

Em correção a êsses abusos, funciona o direito do empregado agir judicialmente contra o poder de direção do empregador, retificando-o, com a restauração do *status quo ante*, ou sancionando-o no excesso, com ressarcimento dos danos.

12 — A prestação do serviço, que o empregador dirige, deve ser *pessoal*.

Só em pessoa pode e deve o empregado prestar o trabalho; nunca por intermédio de outrem.

É que o contrato de trabalho é feito *intuitu personnae*, tendo em vista a pessoa do trabalhador, suas aptidões, sua capacidade, sua confiança.

Nem mesmo quando adoece, o empregado pode fazer-se substituído no emprêgo.

Só em trabalho autônomo de locação de serviços, não de relação de trabalho subordinado, isso pode suceder, porque, nesse, quem dirige a prestação é o próprio trabalhador.

Claro que essa substituição, em casos esporádicos, nunca sistemàticamente, pode verificar-se, mesmo em prestação de trabalho subordinado, desde que haja a concordância, expressa, ou tácita, mas sempre induvidosa, do empregador, que é quem, à sua conveniência lícita, dirige a atividade e o trabalho.

A êsse princípio universal da *pessoalidade* da prestação do trabalho subordinado, abre-se exceção única, em relação ao trabalho em domicílio, no qual o empregado pode ser coadjuvado por pessoas da sua família, ou de sua dependência.

Pode, então, o serviço ser realizado, coletivamente, em oficinas de família, sem que o contrato de trabalho se descaracterize, sem que o *status* do empregado se desfaça.

13 — O empregador pode ser *individual*, ou *coletivo*.

Individual, quando o empreendimento econômico é planeado e dirigido por uma só pessoa, auxiliada, na execução, pelos empregados. O empregador é pessoa física ou natural.

Coletivo, quando o empreendimento lucrativo, ou social, é engenhado e comandado por um conjunto de pessoas, agrupadas em sociedades, tendo, executivamente, a coadjuvação dos empregados. O empregador é pessoa jurídica.

O empregador coletivo pode ser: a) pessoa jurídica de direito público interno, ou b) pessoa jurídica de direito privado.

De direito público interno, o empregador pode ser a União, o Distrito Federal, um Estado, um Município, um

Território, ou uma autarquia, se os respectivos servidores não tiverem garantias de funcionário público, ou de extranumerário, ou não tiverem regime de proteção análoga às dos funcionários públicos (*art. 7.°, letras C e D, da C.L.T.*).

De direito privado, o empregador pode ser uma sociedade comercial, — anônima, de cotas, em comanditas, em nome coletivo, de capital e indústria, ou em conta de participação (*Código Comercial, art. 300 a 328*); ou uma sociedade civil, religiosa, pia, moral, científica, ou literária (*art. 16, n.° 7, do Código Civil*); ou uma associação de utilidade pública (*art. 16, n.° I, do Código Civil*); ou uma fundação (*art. 16, n.° 24 a 30, do Código Civil*).

As instituições previstas no art. 2.°, § 1.°, da C.L.T., como empregadoras, são sempre sociedades, ou associações, reguladas pelo Código Civil, porque só podem atuar sendo pessoas jurídicas, e só como tais se constituem em revestindo uma das formas societárias da lei civil.

Os profissionais liberais, a igual previstos no art. 2.°, § 1.°, da C.L.T., são empregadores constituídos de pessoas físicas ou naturais.

Se se reunirem em sociedade, passa esta a ser o empregador, coletivizado em pessoa jurídica.

14 — Se emprêsas se consorciam, exsurge a responsabilidade solidária, ativa ou passiva (*art. 896 a 915 do Código Civil*) entre elas, com referência aos direitos e obrigações dos empregados das mesmas (*art. 2.°, § 2.°, da C.L.T.*).

O consórcio de emprêsas, individuais ou coletivas, existe quando tôdas estiverem sob a mesma *administração, direção,* ou *contrôle*.

Em tal caso, as emprêsas formam um grupo industrial, ou comercial, ou agrícola, ou de qualquer outra atividade econômica.

A emprêsa que dirige, controla, ou administra o grupo ou consórcio é chamada *principal*, e as demais *subordinadas*.

A *direção*, ou *administração*, do consórcio ou grupo pode resultar de eleição, nomeação, ou outra forma de investidura no comando do conjunto, ou pode derivar do fato de ser um só o *diretor*, ou o administrador de tôdas as emprêsas consorciadas.

O *contrôle* resulta do domínio da maioria das ações, ou cotas, das sociedades agrupadas por um ou mais sócios. Quem tem a maioria das ações, ou cotas, controla as emprêsas isoladas e, consequentemente, o grupo.

A questão da verificação de fato e de direito do consórcio não oferece empeços quando as emprêsas consorciadas

são individuais, porque, um só indivíduo as possuindo, só êle as controla, dirige e administra, controlando, dirigindo e administrando, decorrentemente, o grupo.

Sobe de ponto a dificuldade da constatação fática e jurídica do consórcio, quando as emprêsas são coletivas. Cumpre, então, se lance mão do critério do comando único, diretivo, ou administrativo, eleito, ou nomeado, para o conjunto, se não houver, verifica-se a existência da mesma direção, ou administração, nas emprêsas analizadas, resultando daí, se a houver, o poder diretivo único do grupo e, pois, a existência do consórcio, se tal não ocorrer, apura-se, afinal, se um ou mais sócios detêm a maioria das ações, ou cotas, das sociedades em tela, concluindo-se pela existência do consórcio, em caso positivo, ou pela não ocorrência do mesmo, em caso negativo.

O consórcio de emprêsas se verifica, pois, caso a caso, pelo comando único, direto, ou derivado, ou pelo único contrôle, emanado da posse da maioria das ações, ou cotas, das sociedades empregadoras.

Embora se fale, pela via ordinária, em *consórcio de emprêsas*, pode o mesmo ocorrer, excepcionalmente, entre *instituições*, ou entre *emprêsas e instituições*.

Caso exemplificativo de consórcio entre *emprêsa e instituição* tem-se no de uma sociedade comercial organizar uma sociedade civil beneficente, com o caráter de instituição assistencial dos seus empregados, ficando uma com a maioria das cotas-partes da outra. Ambas, emprêsa e instituição, são consorciadas, pelo contrôle de uma na outra, solidariamente responsáveis ficando em frente nos empregados de ambas.

Para isso, não faz óbice o dizer a lei que o consórcio de emprêsas deve constituir *grupo industrial, comercial, ou de qualquer outra atividade econômica* (*art. 2.°, § 2.°, da C.L.T.*).

É que o consórcio de uma emprêsa com uma instituição assistencial forma grupo também de *atividade econômica*, porque esta, qual se viu, não conduz só à produção de bens, lucrativamente, senão também à realização de serviços coletivos, socialmente. Já o disse Bertrand Nogaro, em referência aos *serviços* destinados à satisfação de necessidades humanas: "il en sera de même des services, c'est-à-dire, d'actes de l'homme, tels ceux d'un médicin, d'un conseiller juridique, ou d'un artiste... qui ont pourbut de satisfaire un besoin, sans impliquer necessairement une transformation ou manutention quelconque de la matière" (Élements d'economie, pg. 5).

A consorciação de emprêsas é uma conseqüência do fenômeno moderno da concentração do poder econômico, gerando a integração econômica, para mais produção e mais lucros.

Essa integração ocasiona combinações, agrupamentos e fusões de sociedades comerciais, ampliando o âmbito de ação e restringindo a concorrência.

Redunda no monopólio, sob a forma do *trust*, que é uma federação de emprêsas em que seus proprietários recebem certificados (*trust certificates*); ou de *holding company*, que é uma combinação de emprêsas, em que uma principal controla as mais subordinadas; ou de *cartel*, que é um grupo permanente de emprêsas comerciais, em que uma sociedade domina as aderentes, deixando-lhes apenas a autonomia técnica.

A solidariedade entre as emprêsas consorciadas é tanto passiva quanto ativa.

A *passiva* está em responder cada uma em separado, ou tôdas em conjunto, pelos direitos dos empregados, em tôda a escala protetora da lei.

A *ativa* reside em poder o consórcio transferir o empregado de uma emprêsa a outra, ou aos serviços concentrados de direção ou administração do conjunto; ou ainda, no exercício de qualquer outro direito do empregador sôbre o empregado, que seja exercitável no seio do grupo.

Essa solidariedade é do gênero das que nascem da lei (*art. 896 do Código Civil*).

Por ela, o credor tem direito a exigir e receber de um dos devedores, parcial, ou totalmente, a dívida comum (*art. 904 do C. Civil*). No exercício do direito amparado pela solidariedade, o autor da ação proposta a um dos devedores não fica impedido de demandar os outros. Claro que demandará primeiro o devedor que se suponha mais solvável, podendo variar de acionado, se esta solvabilidade não fôr real.

O consórcio econômico ou social é fato e deve ser provado. A solidariedade, que êle gera, não se presume, resultando da lei, ou da vontade das partes (*art. 896 do C. Civil*). A prova dêsse fato se faz por todos os meios em direitos admitidos, inclusive indícios, circunstâncias e presunção *hominis* (*art. 136, I a VI, do C. Civil; art. 208 a 258 do C.P.C.*).

CAPITULO II

Princípios gerais de tutela do trabalho

15 — O princípio geral predominante, na tutela do trabalho, é o de que as normas protetoras do mesmo são prevalentemente de ordem pública, transcendendo o interêsse individual e atingindo ao interêsse social. Tais normas, que regem interêsse público, por sôbre o interêsse individual, são imperativas, indeclináveis e inderrogáveis.

Por sua natureza institucional, figuram elas na Constituição (*art. 157*) e sua aplicação independe da vontade das partes, norteando-a apenas a vontade do Estado.

Certo que, ao lado dessas normas cogentes e inafastáveis do direito do trabalho, outras há, de natureza privada, que formam o conteúdo contratual do direito do trabalho, em cuja aplicação prevalece a vontade das partes sôbre a vontade do Estado.

Mas, êsse âmbito de movimentação da vontade dos indivíduos, dentro do contrato de trabalho, é bem limitado pela esfera de atuação estatal, preenchidas pelas regras institucionais de garantias mínimas.

As partes do contrato de trabalho são relativamente livres, no sentido de que só podem fazer o que a lei não proíbe, sendo que o proibido nas leis de trabalho ocupa largo espaço.

E assim é porque essas leis, destinando-se, como se destinam, a "compensar com uma superioridade jurídica a inferioridade econômica do trabalhador" (*Gallart Folch, Derecho Español del Trabajo*, 1936, *pg.* 16), só poderão atingir a êsse escôpo com o seu caráter imperativo e sua natureza de ordem pública.

16 — Qualquer norma legal tem conteúdo público e privado, concomitantemente, porque, ainda quando ela ampare diretamente um interêsse individual, ela protege, a igual, de modo indireto, um interêsse público.

Carlos Maximiliano diz que se protege o interêsse individual por amor ao interêsse público; por exemplo há interêsse *nacional* em ser a propriedade garantida em tôda a sua plenitude (*Hermenêutica a Aplicação do Direito*, 3.ª *ed*., *pg*. 262).

"A distinção entre prescrições de ordem pública e de ordem privada consiste no seguinte: entre as primeiras o interêsse da sociedade coletivamente considerado sobreleva a tudo, a tutela do mesmo constitue o fim principal do preceito obrigatório; é evidente que apenas de modo indireto a norma aproveita aos cidadãos isolados, porque se inspira antes no bem da comunidade do que no do indivíduo; e quando o preceito é de ordem privada sucede o contrário: só indiretamente serve o interêsse público, a sociedade considerada em seu conjunto; a proteção do direito do indivíduo constitui o objetivo primordial".

"Os limites de uma e outra espécie têm algo de impreciso; os juristas guiam-se, em tôda parte, menos pelas definições do que pela enumeração paulatinamente oferecida pela jurisprudência. Quando, apesar de todo esfôrço de pesquisas e de lógica, ainda persiste razoável, séria dúvida sôbre ser uma disposição de ordem pública ou de ordem privada, opta-se pela última; porque esta é a regra, aquela, a limitadora do direito sôbre as cousas etc., a exceção". (*Carlos Maximiliano*, *Hermêneutica e Aplicação do Direito* 3.ª *ed*., *pg*. 262).

Segundo Clovis Bevilaqua "leis de ordem pública são aquelas que, em um Estado, estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social", (*Direito Internacional Privado*, 3.ª *ed*., *pg*. 108).

Com outras palavras, é idêntica a lição de Chironi e Abello, Tratatto di Diritto Civile Italiano, 2.ª ed., vol. I, pg. 72.

No direito civil, imprecisos são os limites entre normas de ordem pública e normas de ordem privada, socorrendo-se da jurisprudência para a distinção precisa entre uma e outra. (*Fabriguettes, La Logique Judiciaire et l'Art de Juger*, 1914, *pg*. 278).

Mas, no direito do trabalho, onde a tônica é posta nas regras de ordem pública, porque seu conteúdo se carrega mais de interêsse público que de interêsse privado, o destaque entre os dois feixes de normas é mais acentuado, evidenciando-se ao primeiro súbito de vista.

De tal arte se vincula o caráter de ordem pblica às normas do direito do trabalho, tornando-as prevalentemente imperativas, que Mario de La Cueva o qualificou de direito imperativo, de índole cogente e mandamentos indeclináveis. E explica que o direito do trabalho não produziria o mínimo

de garantias, desempenhando sua função precípua, se a observância dos seus preceitos dependesse da vontade dos empregados e dos empregadores, o que equivaleria a destruir o seu conceito, como princípio de cuja aplicação está encarregado o Estado (*Derecho Mexicano del Trabajo*, 1943, *vol. II*, *pg*. 223).

Embora tôda norma de direito do trabalho abroquele, a um só tempo, interêsse público e interêsse privado, — aquêle mais que êste, — o critério de classificação é o mesmo do direito civil: 1.°) a norma é de ordem privada, quando predomina nela o interêsse do indivíduo trabalhador, já compensada sua deficiência econômica com um *plus* de direitos e garantias; 2.°) a norma é de direito público, quando prevalece nela o interêsse público, para resguardo da vida e da ordem sociais.

Como o direito de trabalho atua sôbre a ordem econômica e como esta deve ser organizada conforme aos princípios da justiça social, conciliando-se a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano (*art*. 145 *da Constituição*), conclui-se que as normas dêsse direito são, em maior número, de ordem pública e mais intensamente repassadas dêsse caráter cogente e inderrogável que as do direito civil e comercial.

E tal é o relêvo dêsse conteúdo de ordem pública que um grande rol de normas do direito do trabalho adquiriram a máxima categoria de constitucionais (*art*. 157 *da Constituição*), formando, assim, um núcleo institucional dentro no aludido direito.

17 — Como Modestino dizia que é função da lei *ordenar*, *proibir*, *permitir* e *punir* (*Dig. livro I, tit*. 3, *foag*. 7), formou-se daí a classificação das leis em *imperativas*, *proibitivas*, *permissivas* e *punitivas*.

As *punitivas*, porém, se incluem nas *proibitivas*; estas, por seu turno, são espécies das *imperativas*.

De sorte que as regras em geral, são *imperativas* e *permissivas*.

As *imperativas* são a que dispõem inderrogavelmente, por seu conteúdo de ordem pública, protetor de interêsse coletivo ou social.

As *permissivas*, também chamadas *dispositivas* ou *supletivas*, são as que prevalecem no silêncio das partes, ou seja, quando as mesmas não convencionam em sentido diverso.

No campo do direito do trabalho, as normas *permissivas* são reduzidíssimas, pois ou prevalecem as disposições contratuais, individuais, ou coletivas, ou imperam os preceitos

legais *imperativos* de proteção ao trabalho, ou as decisões das autoridades competentes (*art. 444 da C.L.T.*). Mesmo assim, pode citar-se, como exemplo de *permissiva*, a norma do art. 447 da C.L.T., *verbis*: — "Na falta de acôrdo ou prova sôbre condição essencial ao contrato verbal, esta se presume existente, como se a tivessem estatuido os interessados, na conformidade dos preceitos jurídicos adequados à sua legitimidade".

No direito do trabalho, as normas *imperativas* se dividem em:

a) — *impositivas integrais*, que devem ser observadas rigorosamente, no seu todo: todo empregado tem direito ao salário mínimo, às férias, ao salário-repouso;

b) — *impositivas parciais ou complementares*, que estabelecem limites obrigatórios de garantias mínimas ou máximas: salário mínimo, jornada de trabalho, adicional mínimo de 20% sôbre a hora extra, intervalos mínimos na jornada, adicionais da noite, da insalubridade e da periculosidade fixados minimamente; máximo de prazo de 4 anos para o contrato a prazo certo; máximo de prazo de 1 ano para a experiência, etc.

18 — A postergação das normas de ordem pública é vedada por lei, sob pena de nulidade *pleno jure*.

Papiniano dizia que *jus publicum privatorum pactis nom potest*, — não pode o direito público ser substituído pela convenção dos particulares, ou, melhor dizendo, convenções particulares não alteram, nem virtualmente revogam, disposições de direito público.

Ampliou-se o conceito, para inclusão, no princípio da inderrogabilidade, também das disposições de *ordem pública*, ainda que insertas no direito privado.

E o conceito, assim ampliado, modelou-se no Código Civil Francês, art. 6.°, *verbis*: — "Não se podem derrogar, por meio de convenções particulares, as leis que interessam à ordem pública e aos bons costumes".

Impera o princípio da indeclinabilidade dos preceitos de *ordem pública* no direito moderno, que os torna imperativos a modo absoluto, não lhes tolerando derrogações quaisquer, nem burlas ou fraudes de qualquer sorte, nos atos ou convenções das partes.

E, no direito do trabalho, o veto à postergação das regras de ordem pública, que o adensam, é absoluto: — "Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir, ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação" (art. 9.° da C.L.T.).

A nulidade, ao revés do que se passa no direito civil, não fulmina todo o contrato de trabalho, mas apenas as suas cláusulas, que contravenham aos preceitos de ordem pública. Tais cláusulas perdem o conteúdo contravencional, que as partes lhe deram, e passam a vigorar com a substância legítima, que as normas de ordem pública impõem. Assim, cláusula do contrato de trabalho que estipule jornada além de 8 horas, ou salário aquém do mínimo legal, cede seu conteúdo ilegítimo ao das prescrições legais imperativas de ordem pública.

19 — Assim, a primeira conseqüência jurídica dêsse princípio geral de tutela do trabalho, consistente na indeclinabilidade das normas de ordem pública, é o da nulidade absoluta dos atos e convenções das partes que fraudem a aplicação das normas de ordem pública, obstando-a, ou burlando-a.

A parêmia *quod contra legem fit, pro infecto habetur*, — o que se faz contra a lei é tido como não feito, — adquire relêvo maior em relação às leis do trabalho, dada a sua tônica mais forte de leis indispensáveis à vida e à ordem sociais, tornando mais impostergável a sua execução.

Desvirtuar, impedir, ou *fraudar*, eis as maneiras de agirem as partes contra a fiel aplicação dos preceitos de ordem pública, segundo o art. 9.° da C.L.T.

A forma mais direta e frontal é a de *impedir* a aplicação da norma. Verifica-se quando o ato ou convenção dispõe de modo manifestamente contrário à norma aplicanda. É a forma menos verificável.

A segunda maneira, que é *desvirtuar*, significando *desmerecer* ou *desprestigiar*, se dissolve na terceira, que é *fraudar*.

Fraudar a aplicação da lei é usar de ardis, estratagemas, enganos, ou logros para que a lei não se aplique. É burlar, desviar, distorcer, enganar, malograr a aplicação da lei.

A nulidade, com que se sanciona a infração da norma de ordem pública, é *pleno jure*, ou seja absoluta.

Absoluta sendo, é: a) — alegável por qualquer interessado; b) — invocável do órgão do M.P., quando lhe couber intervir; c) — deve ser pronunciada pelo juiz, quando conhecer do ato ou dos efeitos e encontrar provada; d) — é insuprível e inratificável (*art. 146 e 148 do Código Civil*).

Qualquer interessado pode argüir a nulidade, independentemente de prejuízo, porque o ato é nulo porque pretere norma de ordem pública, e não porque seja ominoso.

O ministério público, na qualidade de representante da coletividade jurídica organizada, pode, também, argüir a nu-

lidade em tela, *desde*, porém, *que tenha cabida sua intervenção no processo*.

Ensina Carvalho Santos: — "Seja, porém, como fôr, o certo é que na maioria das vêzes, o interêsse defendido pelo Ministério Público se traduz num interêsse de ordem pública. Mas casos há, e não poucos, em que outra é a causa da intervenção do Ministério Público, não se podendo levar àquela conta do interêsse de ordem pública, precisamente porque não é pela nulidade que êle intervém, mas pelo interêsse que tem a defender, em obediência ao preceito da lei. E ainda aí, mesmo porque deve e pode intervir, pode também o Ministério Público argüir a nulidade.

O direito de alegar nulidade é uma conseqüência da sua obrigação de intervir no feito. Se a lei, de fato, o obriga a intervir, é para desempenhar escrupulosamente o seu dever e para ter uma ação eficiente, que forçaria o direito corelato de alegar a nulidade. Pois seria desidioso, não cumprindo seu dever, se deparasse uma nulidade evidente e não argüisse, esquecendo-se de que um dos seus principais deveres é defender a observância da lei" (*Código Civil Bras. Intrpretado, vol. III, pg.* 253)

Ao juiz cumpre, *ex-officio*, decretar a nulidade, quando se lhe deparar provada, nos autos, não podendo suprí-la, ainda a requerimento das partes.

A nulidade pode ser o objeto da ação, que será, então, anulatória, ou pode ser conhecida e declarada incidentalmente, no curso de qualquer ação, desde que conste do instrumento, ou outra prova literal.

Saleilles salienta que, quando se diz que qualquer interessado pode invocar a nulidade, significa que a nulidade, operando *pleno jure*, não se precisa anular o ato, para que êle não produza nenhum dos efeitos e que se destina. O ato já é nulo de nascimento e *quod nullus est nullum efectum producit*.

Aclara Carvalho Santos:

— "Não é preciso intentar uma ação de nulidade, ficou dito acima. E é a pura realidade. Pois a nulidade é obra do legislador, como acentua PLANIOL, tornando nulo o que foi feito, sem necessidade alguma de qualquer ação. O juiz não precisa nada julgar, pois é a própria lei quem lhe nega valor e eficácia. Entretanto, se uma contestação surge sôbre a validade do ato, de modo a ficar duvidosa a nulidade, é preciso mover a ação, por isso que ninguém pode fazer justiça com suas próprias mãos. Mas, ainda aí, o juiz se limita a constatar a nulidade, não precisando decretá-la.

Essa é a verdadeira doutrina, pois, em realidade, a nulidade opera *ipso jure*, não produzindo o ato nulo nenhum efeito, mesmo sem a declaração da nulidade

As partes, que concluíram um negócio nulo, observa COVIELLO, mesmo naqueles casos em que se faz preciso intentar a ação, como fundamento no negócio nulo, ou como meio preventivo, para evitar qualquer atividade de quem pretendesse atribuir eficácia ao mesmo negócio, a ação não tem por fim fazer anular o negócio, mas tão sòmente repelir a pretensão do adversário, porque destituída de base jurídica". (*Cod. Civil Bras. Interpretado, vol. III, pg.* 254).

A nulidade de que se trata é insuprível, porque, sem existência legal, não pode o ato ser revalidado. Não podendo cessar a causa da nulidade, esta é insanável. O ato jamais poderá ter vida legal, não podendo, pois, convalidar-se, por suprimento da nulidade.

Nôvo ato pode substituir o que é nulo; mas, não pode confirmá-lo ou convalescê-lo, diz Giorgi.

Conseqüência da nulidade absoluta é a completa ineficácia do ato nulo, não só em relação às partes, senão também em atinência aos terceiros sôbre os quais pudesse influir o ato.

Mas, enquanto não declarada a nulidade, o ato, em numerosos casos, produz efeitos, embora não sejam os a que se destina.

E, se decorre o prazo da prescrição, o ato nulo torna-se eficaz, convertendo-se o estado de fato antijurídico em estado de direito.

No direito do trabalho, como a aplicação das normas de ordem pública pode ser postulada a qualquer tempo, os atos contra as mesmas podem ser declarados nulos enquanto as normas violadas puderem ser aplicadas. Apenas ficam irreparados os efeitos dêsses atos produzidos a mais de dois anos da ação ajuizada.

Exemplifica-se com um contrato de trabalho cujo salário seja aquém do mínimo legal. Como a lei do salário mínimo pode ser aplicada em qualquer época, a nulidade da cláusula pode ser invocada a qualquer tempo; mas, o empregado só poderá receber diferença de salário dentro do biênio anterior à ação. Para trás, consolidaram-se os efeitos do ato nulo.

20 — A segunda conseqüência jurídica da impostergabilidade das normas de ordem pública do direito do trabalho é que os direitos por elas escudados são irrenunciáveis.

Nessa disciplina jurídica, apenas os direitos assegurados em cláusulas contratuais, de livre estipulação (*art. 444 da C.L.T.*), são renunciáveis. Não assim os direitos garantidos por regras impositivas do *jus cogens*.

Renúncia é ato unilateral de desistência de um direito. Distingue-se da transação, que é ato bilateral de prevenção, ou terminação, do litígio, mediante concessões recíprocas (*art. 1025 do C. Civil*).

A *renúncia* opera sôbre direitos *certos*, objetiva ou subjetivamente.

A *transação*, extinguindo obrigações litigiosas, ou duvidosas, por meio de concessões recíprocas, opera sôbre direitos *dúbios*.

Res certa substância a *renúncia*; *res dubia*, a *transação*.

A *decadência* e a *prescrição*, ainda que se assemelhem à renúncia, por serem meios de perda do direito, com ela não se confundem, todavia, porque, enquanto nesta há manifestação de vontade de desistir do direito, naquelas não a há, ocorrendo tão só o não uso da direito — decadência, — ou da ação, — *prescrição*, — em prazo prefixado.

21 — A *renúncia*, como a *transação*, no direito do trabalho, depende da: a) — *natureza do direito*: direitos de normas cogentes são irrenunciáveis; direitos de normas permissivas, ou de contratos, são renunciáveis; b) — *capacidade* do renunciante, ou do transacionante, a qual é regulada pelos arts. 5.º e 6.º do C. Civil e 439 e 446 da C.L.T.; nula será a renúncia, ou a transação, do empregado absolutamente incapaz (*art. 145, n.º I, do C. Civil*); ou será anulável e, como tal, ratificável, a renúncia, ou transação, do empregado relativamente incapaz (*art. 147, n.º I, e 148 do C. Civil*); c) — *livre e válida manifestação da vontade*, sem vício de consentimento; nula, de pleno direito, será a renúncia, ou transação, que contiver vício de êrro, dolo coação, simulação, ou fraude (*art. 9.º da C.L.T.*), enquanto tal ato, com tal vício, é apenas anulável no direito comum (*art. 147, n.º II, do C. Civil*), o que evidencia a tônica maior da inderrogabilidade das normas de ordem pública do direito do trabalho; d) — *forma expressa*, porque, sendo o direito do trabalho de proteção ao hiposuficiente, não se admite *renúncia* do empregado de maneira tácita; e a *transação* tem forma prescrita em lei (*art. 1028 do C. Civil*); e) — *interpretação restrita* (*art. 1027 do C. Civil*), porque a renúncia, ou transação, constitui exceção, com perda de direitos, e *exceptio est strictissimae interpretationis*.

A renúncia, como a transação, sendo exceção no direito em geral, é-o maior no direito do trabalho, cujas regras impositivas tanto constrangem a vontade da parte contrária quanto a do próprio portador do direito. Ambas as partes se sujeitam ao interêsse público, que a norma ampara, não podendo o titular do direito abrir-lhe mão, em certos casos, nem a outra parte feri-lo, em todos os casos.

Por isso mesmo, a renúncia de direitos legais, judiciais ou coletivamente convencionais, no ato da celebração do contrato de trabalho, é ineficaz, por impossibilidade jurídica do objeto (*art. 145, II, do C. Civil*).

Nesse ponto, a doutrina e a jurisprudência são unissonas, em si e entre si. (*Egon Gotteschalk, Norma Pública e Privada no Direito do Trabalho*, 1944, *pg.* 213, *Ubaldo Prosperetti, Invalidatá delle renunce e delle transacioni del prestadore di lavoro*, 1950, *pg.* 13).

Por motivação idêntica, a renúncia contemporânea à vigência do contrato de trabalho não é, em regra, admissível.

Excepcionalmente, se admite quando o direito fôr contratual, ou quando, sendo legal, judicial, ou convencional, já estiver patrimonializado, tornando-se disponível.

Doutrina, a respeito, Arnaldo Sussekind — "Em verdade, sendo a subordinação jurídica do empregado ao empregador o traço característico e essencial do contrato de trabalho, correspondendo a êsse elemento o poder hierárquico e o de comando da emprêsa; colocando-se o empregado, na quase totalidade dos casos, num estado de absoluta dependência econômica em relação ao empregador, inócua seria a proteção ao trabalho se se desse validade à renúncia ocorrida durante a execução do contrato de trabalho, seja pertinente a direito adquirido, seja alusiva a direito futuro. Se o direito resulta de norma de ordem pública, sua aplicação, "não pode ceder ao arbítrio das partes", pois, se assim fôsse, a função do Direito do Trabalho "seria totalmente estéril"; se nasceu da livre manifestação de vontade dos contratantes, deve ser presumido o vício de consentimento do empregado, sempre que não possui legítimo interêsse no resultado do ato pelo qual abre mão do direito ajustado. (*Instituições de Direito do Trabalho, vol. I, pg.* 247).

Também essa a lição de Dorval Lacerda — "Durante o contrato, essa livre vontade é pràticamente inexistente, maximé quando gera renúncia favorável ao empregador, de quem tal empregado é dependente; por isso, é de se receber com tôda desconfiança as renúncias de tal natureza, operadas em tal período (*A Renúncia no Direito do Trabalho*, 1943, *pgs.* 91.179 *a* 180).

Como exemplo de direito renunciável, ou transacionável, no curso do contrato de trabalho, pode citar-se o sôbre salários, ou horas extras, ou férias não gozadas a tempo útil,

desde que vencido e integrado no patrimônio, podendo o empregado, só então, abrir-lhe mão, no todo, ou em parte, pela renúncia, ou transação.

A conciliação, na Justiça, envolve renúncia, ou transação, sôbre direitos, ou parte dêles.

Viáveis e válidas, no entanto, são a renúncia e a transação, quando feitas durante, ou depois da rescisão do contrato de trabalho, porque, então, elas operam sôbre direitos atuais, concretizados e patrimonializados, com livre disponibilidade.

Em tal hipótese, bastam confluam a livre manifestação da renúncia, ou transação, e os requisitos formais das mesmas, com incidência em direitos concretos, já no patrimônio do empregado.

O direito concretizado é renunciável porque desceu da proteção coletiva, que tutela tôda a categoria profissional, para o patrimônio, que só interessa ao indivíduo, juiz único de sua disposição.

Em certos casos, a lei estabelece formalidades especiais para a renúncia. Um dêsses casos, é o da renúncia do emprêgo estável: — "O pedido de demissão do empregado estável só será válido quando feito com a assistência do respectivo sindicato e, se não o houver, perante autoridade local competente do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio ou da Justiça do Trabalho". (art. da C.L.T.).

Outro caso é o da renúncia implícita em acôrdos ou recibos com quitação, que não abranjam o total devido, os quais necessitam de assistência do sindicato, ou homologação da J.T. (*Lei n.º 4066, de 28-5-1962*). Assim, tanto o emprêgo estável, como o instável, pode ser renunciado, sendo que, no primeiro caso, com as formalidades do art. 500 da C.L.T., e, no segundo, sem qualquer formalidade. Se fôr recebida indenização, total, ou parcial, com renúncia, no último caso, de parte da mesma, o instrumento do acôrdo terá a assistência do sindicato, ou a homologação da Justiça.

A transação presupõe, qual se viu, *res dubia*. Esta pode ser *res litigiosa*, ou *res non litigiosa*. São seus exemplos: a) — vinculação jurídica entre duas pessoas, com direitos e obrigações recíprocos b) — incerteza no direito transigendo; c) — patrimonialidade dêsse direito; d) — concessões recíprocas, transigindo cada parte em cada porção do direito.

Não se admite má fé de uma das partes na transação; porque, se é certa a obrigação que cabe à parte solver, não pode ela iludir a outra parte, simulando dúvida na cousa, para se locupletar com a concessão fraudada à outra parte.

Por isso, já se decidiu que era nulo acôrdo pelo qual o empregado renunciara à complementação de salário, cujo

direito se lhe reconhecera em decisão judicial, transitada em julgado, da qual tinha ciência a emprêsa, mas não o empregado transigente.

A renúncia, ou transação, pode instrumentar-se por *recibos*.

Para que o *recibo* seja eficaz, no sentido da renúncia de parte dos direitos, há mister contenha o título referente a tais direitos.

Não significa renúncia a cláusula da quitação geral, para nada mais reclamar, em relação aos direitos cujos títulos se não mencionam no recibo. Se êste é só de salário, por exemplo, não envolve renúncia do direito à indenização, ou ao preaviso; se é só de férias, dêle não se induz renúncia ao salário-repouso, etc.

A renúncia, pois, há de ser clara e restrita ao direito exposto no instrumento, eis que se não admite interpretação ampliativa do ato.

22 — Outro princípio geral de tutela do trabalho, de grande relêvo no direito especial, é que "qualquer alteração na estrutura jurídica da emprêsa não altera os direitos adquiridos por seus empregados" (*art. 10 da C.L.T.*), ou "A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da emprêsa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados" (*art. 448 da C.L.T.*)

É o princípio da inalterabilidade dos direitos dos empregados ante a sucessão de emprêsas, ou mudanças nas mesmas.

Duas são as hipóteses dêsse princípio legal: a) — mudança na propriedade; b) — alteração na estrutura jurídica.

Muda de dono a emprêsa quando, sendo individual, passa a propriedade de outrem, ou, sendo coletiva, suas ações ou cotas são transferidas, no todo, ou em parte, a outro possuidor.

A mudança de dono na emprêsa pode ocorrer por aquisição a título universal, ou a título singular. A última é a compra e venda, a doação, a cessão, o arrendamento etc. A primeira é a herança e o testamento.

A alteração na estrutura jurídica da emprêsa pode verificar-se em modalidades múltiplas e sob formas inúmeras. Tanto pode dar-se dentro na mesma espécie de emprêsa, individual, ou coletiva, como na transmutação de uma forma de sociedade em outra; na passagem de uma sociedade por cotas a uma sociedade anônima, de uma sociedade em nome coletivo em outra de cotas etc.

A alteração, a que se refere a lei, é na estrutura *jurídica* da emprêsa, e não na sua organização *técnica*.

A alteração, já na propriedade, já na estrutura jurídica, não afeta os direitos dos empregados da emprêsa, em virtude da *vinculação objetiva* de tais direitos à emprêsa, resultante de uma ficção de direito , cristalizada no princípio legal em tela.

Essa vinculação objetiva dos direitos dos empregados à emprêsa é um *novum genus* de *jus in re alinea*, ou direito de garantia sôbre a cousa alheia. Êsses direitos se ligam e se prendem à emprêsa, pelo princípio da sucessão, como o direito ao crédito se liga e se prende à cousa dada em garantia, pela hipoteca. Os bens da emprêsa são a garantia inarredável dos direitos dos empregados.

Assim como a hipoteca adere à própria cousa hipotecada e a acompanha em tôdas as mutações de donos, em conseqüência da sequela ou *jus pignus persequendi* dos romanos, ou *droit de suite* dos franceses, que é o próprio dinamismo do direito real de garantia, assim também os direitos dos empregados aderem à emprêsa, ao estabelecimento, à *universitas rerum*, e a seguem e a acompanham, nas variações de proprietários, através dos tempos.

Não ocorre, nesse fenômeno, personalização, nem institucionalização da emprêsa, como singelamente parece a alguns autores, que dizem que empregador é a emprêsa, e não seu titular.

O que há é uma garantia criada por ficção do direito, inscrita na lei, vinculando, objetiva a inseparàvelmente, os direitos trabalhistas à emprêsa, indo êles aonde esta fôr e permanecendo êles nas mãos que a possuírem.

Essa concepção, simples e jurídica, dispensa a de tranformar a emprêsa, conjunto de cousas, em empregador, titular de direitos, contra a realidade e a lógica, sustentada por alguns autores; ou a de considerar o contrato de trabalho incorporado ao organismo da emprêsa, como elemento dela, formando a *propriedade do emprêgo*, esposada por outros.

A emprêsa não pode ser titular de direitos e obrigações, porque não é pessoa e só esta, natural, ou jurídica, é capaz de direitos e obrigações na ordem civil (*arts.* 2.º, 13 *e* 20 *do C. Civil*).

Por isso, a emprêsa não pode ser empregador, que é parte no contrato de trabalho, adquirindo direitos e contraindo obrigações.

Inaceitável é, pois, a teoria que afirma que o contrato do trabalho acompanha a emprêsa, de mão em mão, porque esta é que é o verdadeiro empregador.

De outra parte, o contrato de trabalho não é elemento da emprêsa e a ela não se incorpora, porque não pode ser considerado integrante do aviamento da mesma. O contrato

de trabalho é relação jurídica travada entre o empregado, que não participa da emprêsa, não sendo condição essencial desta e não entrando na sua constituição. Depois de organizada a emprêsa é que os contratos de trabalho se celebram e os empregados se engajam, como elementos da execução dos fins da mesma, mas não da sua composição.

E se, por essa teoria, houvesse a *propriedade do emprêgo*, esta seria do empregado e não aderiria a emprêsa, não lhe seguindo os destinos, eis que empregado e emprêsa não se identificam, não se interligando as propriedades de ambos.

O que, em verdade, existe é uma garantia dos direitos trabalhistas sôbre os bens da emprêsa, à guisa de *jus in re aliena*, ou de garantia real sôbre a cousa alheia, originário do contrato de hipoteca, e do *jus pignus persequendi*, ou *droit de suite*, ou *sequela*, que é consectário da hipoteca.

O princípio inscrito nos autos 10 e 448 da C. L. T. é ficção de direito, para vincular intimamente o contrato de trabalho à emprêsa, tornando os bens desta garantia especial dos direitos oriundos daquêle contrato, sem necessidade de personalizar ou institucionalizar a emprêsa, ou de materializar o contrato de trabalho, como objeto de propriedade e elemento da mesma.

E essa ficção se inspirou, certamente, na do direito real de garantia sôbre a cousa alheia, destinando-se essa cousa a solver a obrigação com ela garantida, esteja onde estiver, nas mãos de quem a possuir, na hora da execução

A sucessão da emprêsa, que melhor se diria *sucessão de empregadores*, não se confunde com a sucessão de direito civil.

Pode configurar-se a sucessão, no direito do trabalho, sem que se extreme, no direito civil.

A sucessão trabalhista tem conteúdo econômico e se conceitua especificamente à vista da proteção do trabalho e do trabalhador. A sucessão civil tem conteúdo jurídico e se conceitua como substituição de titular do direito, produzindo-se novação subjetiva (*art.* 999, *n.º II, do C. Civil*).

No direito do trabalho, a sucessão reside na continuação da mesma atividade econômica por outro titular, individual, ou coletivo, da emprêsa.

Basta ocorra, *in concreto*, identidade de finalidade econômica entre sucessor e sucedido, com a permanência do pessoal (*Jean Vincent, La Dissolution du Contrat de Travail*, págs. 122 a 595).

Dá-se a sucessão tôda vez em que se substitua o titular da emprêsa, a qualquer título, mantendo-se idêntica a atividade da mesma e íntegro o trabalho dos empregados, na unidade orgânica do empreendimento.

É de mister continue intacto e funcionante o organismo empresarial, no seu conjunto, ou numa das suas partes destacáveis e atuantes como emprêsa fracionária.

Assim, a compra de material, de instrumentos de trabalho, de utensílios, de mercadoria, de cousas isoladas, não constitui sucessão trabalhista.

Não houve transferência da *organização*, mas de pertences ou de elementos descaracterizados da emprêsa.

A organização pode ser complexa e fracionária, conservando cada fração as características de emprêsa reduzida. Em tal caso, a sucessão pode ser no conjunto, ou em cada estabelecimento, fração, parcela, ou seção.

A sucessão trabalhista pode ser a qualquer título da sucessão civil: *universal*, — herança, testamento, — ou *singular*, — compra e venda, doação, cessão, etc.

Também pode configurar-se a sucessão trabalhista, sem que haja título de sucessão civil, como no arrendamento, na aquisição em hasta pública, na compra no juízo da falência, na transferência de concessão de serviço público, na passagem da atividade do Estado para particular, ou vice-versa, etc.

Freqüentemente a sucessão trabalhista se constata através do arrendamento da emprêsa; não, há então, sucessão civil na propriedade, mas, sim, substituição temporária na posse e exploração, continuando no arrendatário a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas.

Vêzes há em que a sucessão trabalhista ocorre na compra da emprêsa, na sua integralidade, em hasta pública, continuando, orgânicamente, a mesma atividade e o mesmo trabalho, com o mesmo aviamento, material e pessoal.

Quando a emprêsa é adquirida, no processo da falência, e prossegue com a mesma unidade orgânica e o mesmo *modus* funcional, prefigura-se a sucessão de empregadores.

A transferência de concessão de serviço público de um concessionário a outro, como meio de encretização da sucessão da emprêsa, é citado por Jean Vincent como um dos casos típicos de sucessão trabalhista, sem sucessão civil, ou seja, sem que haja vínculo de ligação jurídica entre o empregador sucessor e o empregador sucedido (*La dissolution du Contrat de Travail, pg.* 21).

Se a atividade vem do Estado ao particular, ou vai dêste àquêle, sem quebra da unidade orgânica e funcional do empreendimento, existe sucessão, continuando um ou outro na responsabilidade ininterrupta dos contratos de trabalho.

Resume Evaristo de Morais: — "A doutrina trabalhista da mera sucessão econômica explica, com segurança, a manutenção dos contratos de trabalho, com assunção privativa

das suas obrigações, nos casos de encampação de uma emprêsa por outra e, especialmente, nos negócios jurídicos oriundos da substituição de serviços dados em concessão pública. Tudo depende, repetimos — nunca é demais a cautela — do singular exame do caso" (*Sucessão nas obrigações e a Teoria da Emprêsa, vol. 2, pg.* 238).

E remata Orlando Gomes: — "Mesmo que inexista qualquer vínculo de ligação jurídica entre os empregadores que se substituem, se as condições objetivas consubstanciadas na identidade de fins da emprêsa manifestam-se e se verificam, o direito do trabalhador ao emprêgo deve ser assegurado, porque houve, por dizê-lo, sucessão econômica" (*Direito do Trabalho, pg.* 192).

Como o critério da conceituação da sucessão trabalhista é o *econômico*, cabe ao juiz surpreendê-la em cada caso, verificando, espécie por espécie, a concorrência das reais condições de fato.

Do lado do empregado, qualquer que seja o contrato, de prazo certo, ou indeterminado, segue êle com a emprêsa, nas mutações de donos, ou possuidores. Vinculados objetivamente êsses contratos de trato sucessivo à emprêsa, quem explorá-la, hoje ou amanhã, aqui ou acolá, responde por êles, pela seqüela trabalhista.

23 — O princípio da isonomia ou da igualdade de salário para trabalho igual é outro cânome trabalhista, que norteia a tutela geral do trabalho.

Ergue-se êsse princípio à categoria constitucional (*art.* 157, *n.º II, da Constituição*).

E, duas vêzes, se inscreveu na Consolidação das Leis do Trabalho (*arts.* 5.º e 461).

Surgiu o princípio para proteger o trabalho da mulher e, depois, do nacional, aos quais se pagava salário menor que o dos homens, ou o dos estrangeiros.

Para isso, o Tratado de Versailles, no art. 427, ns. 7 e 8, firmou o princípio do "salário igual, sem distinção de sexo, para trabalho de igual valor" e de que "as regras que em cada país de ditem, a respeito das condições de trabalho, deverão assegurar um tratamento econômico equitativo a todos os operários que residem legalmente no país".

Passou o princípio a figurar no preâmbulo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho e aí inspirou norma legislativa a vários países, como Brasil, Chile, Cuba, Japão, México, Venezuela, etc.

Em 1951, foi aprovada convenção internacional sôbre o tema, a qual foi ratificada pelo Brasil em 25-4-1947 (*Decreto Legislativo*, n.º 24, *de* 29-5-56).

No Brasil figurou o princípio no Decreto n.º 20261, de 29-7-1931, e no D.L. n.º 1843, de 7-12-1939, ambos de proteção ao trabalhador nacional. Ampliou-se a qualquer trabalho, sem distinção de *idade, sexo, nacionalidade*, ou *estado civil*, na Constituição de 1934, art. 121, § 1.º, e na de 1946, art. 157, n.º II.

Bibartiu-se o princípio, *inscrito no art. 5.º da C.L.T.*, em um *geral* (art. 461) e outro *especial* (*art.* 358), êste sôbre o trabalhador nacional.

A aplicação do princípio da igualdade do salário do nacional ao estrangeiro está condicionada à *analogia de funções* (*art.* 358 *da C.L.T.*), ao passo que o da igualdade salarial do trabalhador em geral por trabalho igual depende da *identidade de funções* (*art.* 461, *da C.L.T.*).

Na *analogia*, as funções se identificam, em alguns pontos: há identidade *genérica*.

Na *identidade*, as funções se identificam no todo: há identidade *específica*.

Por isso, a lei diz que "trabalho de igual valor, para os fins dêste capítulo, será o que fôr feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não fôr superior a dois anos" (§ 1.º *do art.* 461 *da C.L.T.*).

São requisitos para a aplicação de princípio da isonomia: a) — *trabalho de igual valor*, quer na quantidade potencial, — igual *produtividade*, —, quer na *qualidade*, — mesma *perfeição técnica;* b) — *identidade de função*, que significa serviço da mesma natureza, podendo coincidir com a mesma nomenclatura, ou não, e devendo, por baixo dos nomes ou invólucros, perqüirir-se o real trabalho desempenhado pelos servidores cotejados; c) — *mesmidade de empregador*, que é o titular da emprêsa, individual, ou coletiva, ou a instituição assistencial, recreativa, religiosa, ou outra sem fins lucrativos (*art.* 2.º *e* § 1.º *da C.L.T.*); como deve ser o *mesmo empregador* dos servidores comparados, o princípio da isonomia não se aplica a emprêsa de consórcio, sendo, como são, neste, os empregadores diferentes; d) — *mesma localidade*, tendo em vista as diversidades regionais de salário; por localidade se tem o *município*, ou as *subzonas*, em que aquêle estiver, porventura, dividido, para efeito de salário mínimo; e) — *diferença de tempo de serviço inferior a dois anos*: o trabalho pode ser igual, mas o salário diferente, em atenção à maior antigüidade do empregado; por isso mesmo, êsse tempo de serviço se apura na *emprêsa*, eis que a lei fala em *tempo de serviço, tout court*, e êste é tôda a antigüidade corrida do servidor; se se quizesse especificar o *tempo funcional*, ao invés do *tempo geral*, a lei tê-lo-ia dito, lícito não sendo

distingüir onde a lei não distingue, só se conta o tempo na função, em havendo quadro de carreira, para efeito de promoção; f) — *inexistência de quadro de pessoal organizado em carreira*, desde que se assegurem aos empregados promoções alternadas por antigüidade e merecimento, dentro de cada *classe funcional*. A razão está em que, em tal hipótese, o maior salário advem das promoções, e não do arbítrio do empregador. Por isso mesmo, só são excluídos da aplicação do princípio isonômico os empregados enquadrados nas condições estipuladas pela Lei n.º 1723, de 8-11-1952, que deu nova redação ao art. 461 e §§ 1.º e 2.º da C.L.T. e lhe acrescentou o § 3.º. Aos outros, como os ocupantes de cargos isolados, sem acesso por merecimento e antigüidade, alternadamente, aplica-se a norma da igualdade compulsória. Mas, o quadro, assim organizado, só exclui a equiparação salarial da data de sua vigência em diante, não opdendo ter efeito retroativo, para exclusão de direitos adquiridos. Não se exige que êsse quadro seja aprovado pelo ministro do trabalho, em se tratando do princípio comum da isonomia dos trabalhadores em geral, uma vez que a lei só exige essa aprovação oficial em referência à aplicação do princípio especial de amparo aos trabalhadores nacionais em frente aos estrangeiros (*art.* 358, *letra b, da C.L.T.*); g) — *simultaneidade dos trabalhos comparados*, porque a aplicação do princípio requer cotêjo das funções e êste só pode ser atual, para se aquilatar da *igual produtividade* e da mesma *perfeição técnica;* não pode, pois, equiparar-se salário de empregado em atividade com o de outro já falecido, aposentado, ou despedido; mas, se o afastamento do empregado fôr temporário, em licença, serviço militar, ou acidente no trabalho, uma corrente doutrinária e jurisprudêncial dá a equiparação salarial, do substituto ao substituído, o que nos parece fora da lei, porque não é possível fazer o cotêjo de um trabalho com êle próprio, e sim com outro, resultando o menor salário do substituto de sua condição de ocupante transitório da função, salvo se o regulamento da emprêsa assegura ao mesmo remuneração igual à do substituído, porque aí a igualdade é regulamentar, e não legal.

Se a trabalho igual se atribui igual salário, claro que a trabalho superior há de se atribuir, *a fortiori*, o mesmo salário. Mais eqüânime é a execução do princípio da isonomia quando o trabalho é superior ao outro do que quando é igual.

E, constatada a desigualdade do salário em trabalhos iguais, a equiparação se impõe, qualquer que seja a fonte da disparidade, seja lei, sentença normativa, ou contrato. O princípio é constitucional e universal, aplicando-se sempre, sem se mirar a causa da desigualdade salarial.

Sendo o princípio institucional, inscrito que se acha na Constituição e na lei ordinária, sua aplicação pode ser postulada em qualquer tempo, desde que confluentes as condições legais, não prescrevendo a ação equiparatória, enquanto perdurarem as relações de trabalho comparadas, mas, sim e apenas as vantagens econômicas situadas para trás do biênio anterior à ação. Mas, se cessar a relação de emprêgo, do autor, ou do paradigma, a ação equiparatória prescreve em dois anos dessa cessação, porque ocorre inércia do postulante na persecução das vantagens econômicas derivadas do princípio.

Na ação de equiparação, a prova da identidade de funções cabe ao empregado, como fato constitutivo, ao empregador tocando provar os fatos impeditivos da não igualdade de perfeição técnica e produtividade, do tempo de serviço maior de dois anos, da existência do quadro em carreira, da não simultaneidade dos trabalhos etc. (*art.* 209, § 2.º, *do C.P.C.*). A perícia é o melhor meio de prova; mas, influem documentos, testemunhos, confissões etc. O melhor meio de comparar os trabalhos é submeter os seus executores a exames periciais técnicos, apurando-se-lhes a capacidade de produção e a perfeição técnica.

A equiparação é viável nos trabalhos intelectuais, desde que se evidencie a identidade dos mesmos. Assim, advogados, médicos, engenheiros, dentistas etc., que desempenhem o mesmo mister devem receber o mesmo salário, atendidos os requisitos do art. 461 da C.L.T.

Nas chefias, a equiparação é possível quando os departamentos, divisões, ou seções, realizam trabalhos idênticos, de sorte que as funções das chefias possam ser identificadas, pela intensidade e pela responsabilidade do serviço.

24 — Outro importante princípio de tutela geral do trabalho, pelas conseqüências que acarreta, é o de se considerar como de serviço efetivo o tempo em que o empregado fica à disposição do empregador, ou executando, ou aguardando ordens.

Está na lei;

— "Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada (*art. 4.º da C.L.T.*).

Assim, não só o tempo em que o empregado trabalha, senão também o em que espera ordens do empregador, são considerados de serviço efetivo.

Tempo em que o empregado aguarda ordens do empregador é aquêle em que, por não haver serviço na emprêsa,

espera que haja. Tem-se como tal, também, fictamente, o em que o empregado se acha enfêrmo, sem licença no Instituto; o em que o empregado se acha acidentado, em tratamento; o em que o empregado goza de repouso semanal, ou em férias.

A Lei n.º 4072, de 16-6-1962, determinou se conte no tempo de serviço do servidor os períodos em que estiver afastado do trabalho, *prestando serviço militar e por motivo de acidente no trabalho*.

Reforçou, assim, essa lei o entendimento jurisprudencial de que o tempo de tratamento do acidente no trabalho é de serviço efetivo. E acrescentou ao rol dos casos de contagem do tempo de serviço, sem que o empregado esteja em trabalho, o da prestação de serviço militar.

Nessa contagem não entra o tempo de licença no Instituto, porque ocorre aí suspensão do contrato de trabalho (*art. 476 da C.L.T.*)

O Projeto que originou a Lei n.º 4072, de 16-6-1962, incluía, também, êsse tempo, na contagem da antigüidade, mas, o presidente da República vetou essa parte, reduzindo-se o mandamento da lei aos tempos do acidente no trabalho e do serviço militar.

O tempo de serviço tem importância fundamental, no direito do trabalho, porque é base da estabilidade, da indenização de antigüidade, do aviso prévio, das férias, do salário repouso, da aposentadoria, etc.

Donde a relevância do princípio em análise, cujas implicações são múltiplas e variadas.

Em tema de estabilidade, indenização e aviso prévio, o tempo é contado corridamente, mês a mês e ano a ano, sem qualquer desconto, salvo licença no Instituto para tratamento de saúde. Segundo a lei, conta-se tal tempo do mês e dia da admissão a igual mês e dia do evento da estabilidade, ou da dispensa. Se tiver havido licença no Instituto, interrompe-se a contagem na data do início da licença, reiniciando-se a mesma na data do término da licença. Se houver interrupções na relação de emprêgo, com rescisões de contratos de trabalho e celebrações de outros, somam-se todos os períodos, salvo se tiver ocorrido justa causa para a rescisão, ou indenização nos tempos anteriores (art. 453 da C.L.T.). Como são duas apenas as hipóteses legais de não-soma dos tempos anteriores de trabalho na mesma emprêsa, claro que a soma se impõe quando o empregado deixa o emprêgo expontâneamente, nas fases transatas. Para essa conclusão, milita a regra de exegese sôbre a interpretação restritiva das normas de exceção, — *exceptio est strictissimae interpretationis*. Sendo a não-soma a exceção, restritivamente se interpreta o art.

453 *in fine da* C.L.T., que contém tão só duas hipóteses de exclusão do direito à adicção. Não tem razão, pois, os juízes e autores que sustentam a tese oposta, ou seja, que se não adiciona tempo anterior, se o empregado pedir demissão, por entenderem que a despedida é condição do adicionamento.

A adição dos períodos anteriores é imposição legal que pode derivar assim dos contratos por tempo indeterminado como dos contratos por prazo certo, uma vez que a lei não distingue no particular de que se trata. Mas, para que da soma de todos os tempos possam resultar *estabilidade, indenização*, ou *preaviso*, é de mister que o último contrato, pelo menos, seja de prazo indeterminado. Isso porque estabilidade, indenização e preaviso só se verificam em hipótese de trabalho com tempo indeterminado (*art.* 477, 487 *e* 492 *da C.L.T.*). De sorte que, para o empregado adquirir êsses direitos, cumpre esteja trabalhando, ùltimamente, por tempo indeterminado. Se o estiver por tempo certo, findo êste nenhum direito terá. E de nada valerá se somem períodos que, isolados, ou unidos, não conferem direito algum, por lei.

Em atinência ao repouso semanal, o tempo se conta corridamente na semana. Se o empregado, sem motivo justificado, não trabalhar tôda a semana, perde a remuneração do repouso (*art.* 6.º *da Lei n.º* 605, *de* 5-1-1949). Os motivos que justificam a ausência, para que se não interrompa a contagem do tempo semanal para o salário-repouso, são:

a) os previstos no art. 473 em seu § único da C.L.T.;
b) a ausência do empregado, devidamente justificada, a critério da administração do estabelecimento;
c) a paralização do serviço nos dias em que, por conveniência do empregador, não tenha havido trabalho;
d) a ausência do empregado, até três dias consecutivos, em virtude de seu casamento;
e) a falta ao serviço com fundamento na lei sôbre acidente do trabalho;
f) a doença do empregado, devidamente comprovada (*art.* 6.º, § 1.º, *da Lei n.º* 605, *de* 5-1-1949).

Se o regime de trabalho fôr de jornada reduzida semanalmente, isto é, sem serviço em todos os dias da semana, a freqüência exigida, para o salário-repouso, corresponderá ao número de dias em que o empregado tiver de trabalhar (*art.* 6.º, 3.º, *da C.L.T.*). Contam-se, então, apenas os dias de efetivo trabalho.

Para a remuneração do repouso semanal só se conta o tempo de trabalho realmente prestado.

Para fins de repouso anual ou férias, o tempo de serviço influi para a *aquisição*, para a *concessão* e para a *fruição*

das mesmas. Para a *aquisição* o tempo é contado por *ano de vigência do contrato de trabalho* (*art.* 130 *e* 132 *caput da C.L.T.*). Para *concessão*, o tempo é também contado por *ano*: "as férias serão sempre gozadas no decurso dos doze meses seguintes à data em que as mesmas tiver o empregado feito jus" (*art.* 131 *da C.L.T.*). Para *fruição*, o tempo se conta por *dias*, assim:

a) vinte dias úteis, aos que tiverem ficado à disposição do empregador durante os doze meses e não tenham dado mais de seis faltas ao serviço, justificadas ou não, nesse período;
b) quinze dias úteis aos que tiverem ficado à disposição do empregador por mais de duzentos e cinqüenta dias em os doze meses do ano contratual;
c) onze dias úteis, aos que tiverem ficado à disposição do empregador por mais de duzentos dias;
d) sete dias úteis aos que tiverem ficado à disposição do empregador menos de duzentos e mais de cento e cinqüenta dias.

(*Art.* 132, *alíneas a a d, da C.L.T.*)

Não completa o tempo necessário à *aquisição* das férias, em virtude de descontos compulsórios, o empregado que, no período aquisitivo:

a) retirar-se do trabalho e não fôr readmitido dentro dos 60 dias subseqüentes à sua saída;
b) permanecer em gôzo de licença, com percepção de salários, por mais de 30 dias;
c) deixar de trabalhar, com percepção do salário, por mais de 30 dias, em virtude de paralização parcial ou total dos serviços da emprêsa;
d) receber auxílio-enfermidade por período superior a seis meses, embora descontínuo.

(Art. 133, alíneas *a* a *d*, da C.L.T.)

Mas, o completa, em virtude de não se poder proceder a descontos, o empregado que se achar numa das situações do art. 134 da C.L.T., que reza:

— "Não serão descontados do período aquisitivo do direito a férias;

a) a ausência do empregado por motivo de acidente do trabalho;

b) a ausência do empregado por motivo de doença atestada por instituições de previdência social, excetuada a hipótese da alínea *d* do art. anterior;

c) a ausência do empregado, devidamente justificada, a critério da administração da emprêsa;

d) o tempo de suspensão por motivo de inquérito administrativo, quando o mesmo fôr julgado improcedente;

e) a ausência na hipótese do art. 473 e seus parágrafos"

Se o empregado se afastar para licença no Instituto, por menos de seis meses, ou para serviço militar obrigatório, o tempo aquisitivo das férias se conta com inclusão do período anterior e do posterior à interrupção, descontado todo o período do afastamento (*art.* 133, *d*, *e* 135 *da C.L.T.*)

Questionou-se sôbre se as ausências ao trabalho do empregado, em virtude de acidente no trabalho, constituem *faltas*, para redução das férias de 20 para 15, 11, ou 7 dias, conforme ao disposto nas alíneas *a* a *d* do art. 132 da C.L.T.

Firmou-se jurisprudência no sentido de não influir o afastamento por acidente no trabalho em o mínimo de dias das férias, porque aí não se verificam *faltas*, mas *ausências legais*. O empregado acidentado continua à disposição do empregador, tratando das lesões do acidente, e recebendo o salário sob a forma de *diárias*, pagas pelo empregador, ou por seu substituto, que é o segurador. À disposição da emprêsa, estas ausências legais do empregado, por doença ou lesões contraídas no trabalho, não atuam nem na aquisição, nem na fruição das férias (*arts.* 134, *alínea a*, e 132, *alínea a*, *da C.L.T.*).

Já decidimos a espécie assim:

— "O acidentado, pela sistemática do nosso direito positivo, fica à disposição do empregador, tratando das lesões, com recebimento do salário, com o nome de *diárias*, ou diretamente da emprêsa, ou de seu substituto, que é o segurador.

O acidente é risco do negócio e a emprêsa arca com êle integralmente, fazendo o tratamento do servidor, pagando-lhe o salário e mantendo-o à sua disposição para todos os efeitos, inclusive férias e contagem de tempo de serviço.

Por isso se diz que há *ausência legal*, e não *faltas ao serviços*, do acidentado".

A lei, consagrando a jurisprudência, dispõe hoje que "computar-se-ão, na contagem do tempo de serviço, para efeito de indenização e estabilidade, os períodos em que o empregado estiver afastado do trabalho prestando serviço militar e *por motivo de acidente do trabalho* (*Lei n.º* 4072, *de* 16-6-1962).

Quer isso dizer que no período do afastamento por acidente no trabalho, o empregado continua, agora legalmente,

à disposição do empregador, não se suspendendo a execução do contrato do trabalho, pelo que nenhum desconto se não faz nos dias das férias.

Quanto ao período do afastamento do empregado, para prestação de serviço militar, já o seu desconto, na contagem do ano da aquisição, era imposto pelo art. 135 da C.L.T., o qual é compatível com o nôvo parágrafo único do art. 4.º da C.L.T., introduzido pela Lei n.º 4072, de 16-6-1962, porque êste determina se conte êsse período para *indenização* e *estabilidade* e não para férias.

Sendo diferente o tempo de serviço para indenização e estabilidade do tempo de serviço para férias e havendo disposição especial sôbre a exclusão do período de serviço militar em relação às férias, esta é de se aplicar, porque harmonizável com a nova Lei n.º 4072, de 16-6-1962.

O mesmo não sucede em referência ao período de acidente no trabalho, porque não há disposição especial, excluindo-o, para efeito de férias, e porque o empregado acidentado continua à disposição do empregador e conta tempo, para todos os efeitos, eis que ganha salário.

25 — Por final, sobreleva o princípio da prescrição uniforme, de prazo razoável, para a ação de reparação de qualquer ato infringente do direito assegurado em lei, sentença normativa, convenção, ou contrato de trabalho (*art.* 11 *da C.L.T.*).

Êsse sistema de prescrição uniforme, como princípio geral de tutela do trabalho, evita aos empregados a perda de direitos, por certeza do tempo único em que terão que postular em juízo o reconhecimento dos seus direitos.

O sistema de prescrição em prazos múltiplos do Código Civil produz perplexidades e confusões sôbre o tempo útil para acionamento dos direitos, ocasionando, vezes inúmeras, que os titulares de direitos decaiam das respectivas ações, por desconhecerem, ou se equivocarem, acêrca da oportunidade legal das mesmas.

Sabendo, de antemão, com segurança, que tôda e qualquer ação prescreve em dois anos, o empregado está ciente do prazo de vida das ações que protegem os seus direitos.

Se não nas movimentam, no tempo da lei, ocorre a prescrição.

A prescrição é a morte do direito pelo não uso da ação no prazo legal.

A *prescrição* atua sôbre a *ação*, deixando desprotegido, judicialmente, o direito. Difere da *decadência*, que é a perda do direito por seu não exercício no prazo da lei.

Carece de técnica jurídica o art. 11 da C.L.T., dispondo que "prescreve o direito". Tal falha se vê também nos arts. 166 e 167 do C. Civil. Com técnica, porém, dispõem os arts. 177 e 178 e seus §§ dêsse Código que falam em *prescrição da ação*, porque, na *communis opinio doctorum*, o que prescreve é a ação.

Enquanto a *prescrição* extingue a ação, por não usada em tempo útil, a *decadência* extingue o direito mesmo, por não exercitado no prazo legal.

Por dizer respeito à ação, a prescrição está sujeita à *suspensão* (*arts. 168 e 169 do C. Civil*), e à *interrupção* (*arts. 172 a 176 do C. Civil*). Por concernir ao direito, de cujo prazo o titular decaiu, a decadência não se se suspende, nem se interrompe.

Na prescrição pode haver renúncia dos seus efeitos, porque só interessa à ordem particular; mas, na decadência, só pode haver renúncia dos seus efeitos se não afetar a ordem pública, porque interessa à mesma.

A prescrição depende de invocação da parte (*art. 166 do C. Civil*). Mas, a decadência pode ser declarada *ex-ofício*, porque esta envolve interêsse de ordem pública (*Clovis, Código Civil Consertado ,art.* 161; *Carvalho Mendonça, Direito Comercial, vol. 7, n.º* 342; *Carpentar, Prescrição, pgs.* 78 *e* 160; *Planiol, Droit Civil, vol.* 2, *pg.* 101)

No direito do trabalho, exemplo de *decadência* é o de promover inquérito judicial contra empregado estável, para apuração de falta grave, dentro do prazo de 30 dias, a partir da data da suspensão (*art.* 853 *da C.L.T.*). Decorrido êsse prazo de 30 dias, sem ser exercitado o direito ao inquérito, dêle *decai* o empregador. O prazo de 30 dias é estabelecido tendo-se em vista o exercício do direito após a suspensão do empregado, para que esta não perdure longamente, resultando daí o interêsse da ordem pública. Tanto isso é exato que, em não havendo suspensão do empregado, a ação-inquérito prescreve em dois anos da ciência da falta grave praticada pelo mesmo (*art.* 11 *da C.L.T.*)

O prazo de 10 dias, para o empregado reclamar administrativamente a anotação da carteira profissional, previsto no art. 36 da C.L.T., tido por alguns como de decadência (*Russomano, Comentários, vol.* 1, *pg.* 112), não o é, em verdade. Êsse prazo se refere à *reclamação administrativa* e a *decadência* não diz com perda de prazo dessa natureza, mas sim de *dilação judicial*.

Decadência do direito resulta do seu não exercício em *juízo*, e não na *administração*. Por isso, Vampré leciona que decadência é a perda dos *prazos de direito* e das *dilações judiciais* (*Manual de Direito Civil Brasileiro, vol.* 1, § 87).

A prescrição, no direito do trabalho, é sempre de dois anos (*arts.* 11, 119 *e* 143 *da C.L.T.*).

E começa a correr o prazo prescricional da data em que a parte tiver ciência do ato infringente do direito a reparar.

Em curso êsse prazo, êle se interrompe por um dos casos do art. 172 do C. Civil e que são:

I — pelo despacho que ordenar a citação, ficando inválida, para êsse fim, a citação que não houver sido promovida pelo interessado no prazo de 48 horas contadas do despacho (*art.* 166, § 2.º *e* 3.º, *do C.P.C.*), sendo que, no processo do trabalho, se não houver o despacho na inicial, como é comum, o curso da prescrição se interrompe no dia em que fôr protocolada a reclamação;

II — pelo protesto, nas condições do número anterior,

III — pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário, ou em concurso de credores;

IV — por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

V — por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

O ato inequívoco, mesmo extrajudicial, que interrompe a prescrição, é do *devedor*, e não do *credor*.

Por isso, a reclamação administrativa, formulada pelo *empregado credor*, não interrompe a prescrição.

Se houve despacho favorável da emprêsa devedora nessa reclamação, êsse despacho, como ato extrajudicial do *devedor*, reconhecendo o direito do *credor*, é que interrompe a prescrição.

A interrupção pode ser promovida: a) — pelo próprio titular do direito em via de prescrição; b) — por quem legalmente o represente c) — por terceiro que tenha legítimo interêsse (*art.* 174 *do C. Civil*).

Interrompida a prescrição, recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para a interromper (*art.* 173 *do C.P.C.*).

O vício da nulidade da citação, a cirdundução, ou a perempção da instância, ou da ação, impedem a interrupção da prescrição.

Das citações nulas, a única que interrompe a prescrição é a ordenada por juiz inconpetente (*art.* 172, *I, do C. Civil*)

Circundata fica a citação, quando a ação trabalhista é arquivada, absolvendo-se o réu da instância, pelo que a interrupção da prescrição, que se dera condicionalmente pela citação, deixa de existir pela circundução.

Perempção da instância é absolvição da mesma, cessando, também, aí, a interrupção da prescrição, que se verificara condicionalmente pela citação.

A perempção da instância, resultante da absolvição da instância, confunde-se hoje, para o efeito de não interromper a prescrição, com a circundução da citação, uma vez que esta deriva também da absolvição da instância, abolida que foi a acusação da citação em audiência.

Perempção da ação se verifica quando o autor dá causa a três absolvições de instância (*art.* 204 *do C.P.C.*) e impede que a prescrição se interrompa (*art.* 175 *do C. Civil*).

Os autores acrescentam outro caso ao rol dos de não interrupção da prescrição: e o da anulação integral da ação, como quando é julgada imprópria, anulando-se todo o processo e ressalvando-se ao autor o direito de intentar outra. A interrupção da prescrição, que se dera condicionalmente pela citação, deixa, a igual, de existir, porque o processo ficou sem efeito (*Carpenter, Prescrição*, n.º 176):

As causas que suspendem a prescrição, no direito do trabalho, são as mesmas dos arts. 168 a 170 do Código Civil.

A mais verificável, trabalhisticamente, é a do art. 169, n.º I, do Código Civil, ou seja, não corre a prescrição contra os incapazes de que trata o art. 5.º do mesmo Código, que são: I — os menores de 16 anos; II — os loucos de todo gênero; III — os surdos mudos, que não puderem exprimir a sua vontade; IV — os ausentes declarados tais por ato do juiz.

Só os loucos *interditados judicialmente* é que não sofrerão prescrição, porque, só então, poderão ser considerados *loucos* no sentido legal.

Suspensa a prescrição, só começa a correr quando cessar a causa suspensiva. Ao revés, interrompida a prescrição, recomeça a correr da data do ato que a interrompeu. A um só tempo, estanca-se o curso do prazo da prescrição e se inicia o curso de novo prazo.

Na interrupção, o tempo decorrido antes do ato interruptivo não se conta no prazo que correrá depois dêsse ato: nôvo prazo recomeça a correr pelo lapso de tempo fixado na lei. Mas, na suspensão, somam-se o tempo corrido antes da causa suspensiva e o tempo que correr depois da mesma, para se perfazer o prazo da lei. É que a suspensão é abertura de um parêntese no curso da prescrição, se já iniciado.

A prescrição pode ser interrompida mais de uma vez, segundo parecer de Carvalho Santos (*Código Civil Interpretado, vol. III, pg.* 413) e de Laudo de Camargo (*Revista dos Tribunais, vol.* 78, pg. 581), não prevalecendo, por ilógica, a

opinião adversa de Bento Faria (*Revista Forense, vol.* 53, *pg.* 222). A prescrição alcança as pessoas jurídicas, beneficiando-as ou prejudicando-as (*art.* 163 *do C. Civil*).

Em qualquer instância, a parte a quem aproveita pode alegar a prescrição (*art.* 162 *do C. Civil*).

Instância aí é qualquer fase da causa. Assim, perante o juiz da ação, perante o tribunal do recurso e perante o juiz da execução pode ser alegada a prescrição, sendo que esta, no processo executório, deve ser superveniente à sentença exequenda (art. 1010, n.º II, do C.P.C.).

Na segunda instância, a prescrição deve ser alegada nas razões, ou contrarazões, do recurso, não podendo ser invocada na sustentação oral da tribuna, porque esta se cinge às alegações e conclusões das partes nos autos.

Só nos recursos *normais* pode invocar-se a prescrição. Não assim no recurso extraordinário e no recurso de revista, que são *especiais*. Nos recursos *especiais* em tela, não é invocável a prescrição, porque os mesmos se restringem às matérias ventiladas nos autos, nos quais se tenham verificado violação de lei, ou oposição à jurisprudência. Se a prescrição não foi alegada antes e, por isso, o juiz não na decretou, não houve violação de literal disposição de lei, nem ocorreu conflito jurisprudencial, eis que cumprido foi, às inteiras, o disposto no art. 166 do Código Civil.

A prescrição intercorrente, que é a verificada no curso da ação, é incompatível com a mobilidade oficial do processo do trabalho, que depende mais da atuação pública do juiz que da iniciativa particular da parte (*arts.* 765 *e* 878 *da C.L.T.*). Por isso, não há falar-se em inércia da parte, no processo do trabalho, a qual constitui o cerne da prescrição. Quase sempre os direitos que fazem o conteúdo das ações trabalhistas são assegurados em normas da ordem pública, cujo resguardo é incumbência do juiz. Se o processo se paraliza por mais de dois anos, passível de sanção é o juiz, e não a parte. Esta não dispondo, muitas vêzes, de experiência, ou meios, aguarda que o processo caminhe por impulso oficial, não devendo sofrer a perda da ação e do direito, por uma paralização imputável mais ao juizo que a si.

A prescrição trabalhista é antes *parcial* que total. Prescrição *total* é a que fulmina a ação em atinência a *todo o direito*, impedindo o processo em seu conteúdo integral. Prescrição *parcial* é a que extingue a parte da ação e do direito que concerne às vantagens econômicas da aplicação de uma norma de lei, ou de sentença normativa, incrustrada no contrato de trabalho.

Se o direito, cuja ação se move, resulta de cláusula contratual permissiva, ou de livre estipulação (*art.* 444 *da*

C.L.T.), a prescrição é *total*, porque o mesmo é de interêsse exclusivo do indivíduo, cuja inércia, pelo tempo legal, faz transmudar, em estado de direito, o estado de fato que existia pelo não uso da ação do credor.

Mas, se o direito, cuja ação se ajuiza, deriva de clausula contratual impositiva, ou de norma, legal ou judicial, de ordem pública, inserida no contrato de trabalho, a prescrição é *parcial*, porque o mesmo é também de interêsse público, podendo a aplicação da norma imperativa ser pedida a qualquer tempo. Apenas as vantagens econômicas vencidas além do prazo legal da prescrição incidem na mesma, não prescrevendo a ação de aplicação da norma (*art.* 119 *da C.L.T.; art.* 178, § 10, *in fine, do C. Civil*). Isso ocorre nas ações sôbre salário igual para trabalho igual, adicional noturno, remuneração do repouso, aumento salarial normativo, etc.

A norma de sentença coletiva é equiparada à norma de lei de ordem pública, porque tal sentença é lei especial do poder judiciário. Por isso, sua aplicação pode ser pedida a todo tempo, sem prescrição total da ação de cumprimento, prescrevendo apenas as diferenças salariais vencidas anteriormente ao biênio que precede à aludida ação.

O conteúdo do direito, assim na cláusula legal cogente, como na cláusula judicial normativa, envolve interêsse público de uma coletividade ou categoria, pelo que a ação, que o abroquela, não prescreve quanto ao direito em si, mas sòmente no que tange aos seus efeitos pecuniários.

A norma de ordem pública é aplicável sempre.

A ação protetora dos direitos que dela nascem tem vida permanente e constante viabilidade.

Tão só a ação de cobrança das dívidas do empregador, pela não solução das obrigações correlatas a êsses direitos, é que prescreve no prazo legal.

E, como essa ação de cobrança vem sempre cumulada com a de aplicação da norma, sua prescrição é parcial, atingindo àquela, e não a esta.